

Libertad de expresión y el caso del *lenguaje del odio*. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana¹

Oscar Pérez de la Fuente²
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de aceptación: 25/11/2010 | De publicación: 01/12/2010

Resumen

Este artículo analiza las concepciones sobre la libertad de expresión en el caso del lenguaje del odio, centrándose en algunos aspectos de la perspectiva norteamericana y en algunos aspectos de la perspectiva alemana. El primer modelo está basado en la *libertad negativa* y se corresponde con la visión del *mercado de las ideas* que ha elaborado la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana. Este Tribunal ha otorgado un papel prioritario a la libertad de expresión, que debería limitarse sólo en casos de un peligro claro y presente o amenaza de desordenes públicos. El segundo modelo, centrado en la *libertad positiva*, otorga un papel prioritario a la dignidad humana frente a la libertad de expresión. El Tribunal Constitucional Federal alemán ha considerado que en el conflicto de derechos fundamentales debe establecerse una ponderación según las circunstancias de caso concreto.

Palabras clave

Libertad de expresión, Lenguaje del odio, Minorías, Racismo, Igualdad, Dignidad

Abstract

This article analyzes the conceptions on freedom of expression in the case of hate speech, focusing in some aspects of the North American perspective and in some aspects of the German perspective. The first model is based on negative freedom and it corresponds with the vision of marketplace of ideas that has elaborated the jurisprudence of the North American Supreme Court. This Court has given a priority role to the free speech that only must be limited in cases of clear and present danger or a threat of the breach of the peace. The second model is focused in the positive freedom, it gives a priority role to the human dignity in front of free speech. The Federal Constitutional Court has established that the conflict between fundamental rights must be considered according to the circumstances of the specific case.

Key words

Freedom of speech, Hate speech, Minorities, Racism, Equality, Dignity.

¹ Agradezco especialmente a Javier Ansuategui sus comentarios y sugerencias. Este artículo se enmarca en el Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” CSD2008-00007. Y en el marco del proyecto de investigación “Historia de los Derechos Fundamentales S.XX”, cuya referencia es DER2008-03941.

² Instituto Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: oscar.perez@uc3m.es

1. Introducción

La libertad de expresión es un derecho fundamental de los individuos. Tiene una conexión intrínseca con la libertad de conciencia y la libertad ideológica, ya que éstas, sólo pueden estar garantizadas plenamente si los individuos tienen la posibilidad de manifestar sus puntos de vista según sus convicciones en la esfera pública o privada. La libertad de expresión también tiene un importante papel en el debate de los asuntos públicos y en la elección de los representantes de los ciudadanos porque es necesaria una opinión pública libre e informada, como requisito legítimo del ejercicio de los derechos políticos de los individuos. El control de los poderes públicos, y en especial de las acciones de los gobernantes, y la denuncia de los casos de corrupción son tareas necesarias para los medios de comunicación, como un compromiso del derecho a la información y la responsabilidad social de la prensa. Desde esta perspectiva, Ansuategui Roig analiza los orígenes de la libertad de expresión como uno de los elementos estructurales del

Estado liberal de Derecho que estaría presente en sus características: a) *Imperio de la ley*: La ley como expresión de la voluntad general (art. 6 Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789) que exige necesariamente un sistema de libre expresión de los individuos para su formación. b) *Separación de poderes*: Como elemento relevante para entender el sentido y el funcionamiento del parlamentarismo clásico liberal como concreción del poder legislativo. c) *Legalidad de la Administración*: Como elemento originario e indispensable en la formación de la opinión pública, que puede ser entendido como un mecanismo, más o menos difuso, más o menos institucionalizado de control del poder. d) *Derechos y libertades fundamentales*: Es indiscutible el lugar principal que la libertad de expresión, en sus manifestaciones de libertad de imprenta o de libertad de prensa, ocupa en los textos y declaraciones liberales.³ Estos argumentos otorgan una gran relevancia a la libertad de expresión, pero pueden plantear la cuestión de los *límites* de este derecho fundamental.

³ ANSUATEGUI ROIG (1994: 422-423).

En este sentido, se plantea cuándo está justificado que el Estado intervenga para limitar la libertad de expresión. Teniendo en cuenta la importancia de los vínculos con la libertad de conciencia, el ejercicio de los derechos políticos y el control de los poderes públicos, las limitaciones a la libertad de expresión, en sistemas democráticos, suelen ser vistas como *sospechosas* y requieren de una especial justificación. Son varias las cuestiones que suscitan debate público sobre la idoneidad de la intervención estatal en la libertad de expresión, uno de los casos difíciles que se plantea son las expresiones del *lenguaje del odio*, que se compone de manifestaciones que denigran o vilipendian a los miembros de los grupos tradicionalmente discriminados.⁴ Se trata de un caso difícil

⁴ Para delimitar el concepto, Pareck considera que “el lenguaje del odio estigmatiza a su objetivo adscribiéndole un conjunto de cualidades constitutivas que son vistas de forma extendida como altamente indeseables. Como las cualidades adscritas están fuertemente desaprobadas, sus poseedores son despreciados, degradados, considerados como no bastante normales, tratados con desprecio, incluso demonizados. Como las cualidades están con frecuencia presentadas como inherentes en el grupo y por tanto consideradas ineliminables, esto último es considerado como incapaz de reforma o cambio y sus miembros son todos permanentemente condenados”. Las consecuencias del lenguaje del odio afectan a las relaciones de los miembros de las minorías con el resto de la población. En este sentido, Pareck afirma

porque existen concepciones sobre la libertad de expresión que difieren, según la cultura jurídica, acerca de la solución más adecuada. Dentro de esos países, se producen polémicas que tienen que ver con cuestiones de gran calado: si las palabras pueden causar daño y en qué medida es cuantificable, si toda ofensa es una incitación a la violencia y cuál debería ser la tolerancia legal de expresiones, aunque resulten repugnantes.

En el trasfondo de estos temas se sitúan diversas concepciones de la libertad de expresión. En este artículo se abordará el análisis de la libertad de expresión y el caso del *lenguaje del odio* desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana. El objetivo es mostrar como en Estados Unidos el modelo de libertad de expresión está próximo a una concepción de *libertad negativa* y en Alemania, está próximo a una

que “el grupo elegido es situado fuera de lo tolerable en las relaciones sociales normales. No se les puede confiar para observar las reglas que gobiernan la sociedad, entrar en relaciones significativas con otros miembros de la comunidad, mostrar lealtad a las instituciones y prácticas sociales compartidas, y son, en general, considerados como una presencia hostil e inaceptable. Por tanto, puede ser legítimamente exterminada, expelida, discriminada, o a lo mejor tolerada como un inevitable mal sobreviviendo en los márgenes de la sociedad” PARECK, (2006: 214)

concepción de *libertad positiva*. Esta terminología fue propuesta por Berlin en su célebre ensayo “Dos conceptos de libertad”⁵.

⁵ BERLIN (1998) Algunos han querido ver un antecedente de estas dos concepciones de la libertad de Berlin, en el célebre ensayo de Constant “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”. Esta analogía podría no ser completa, especialmente en el paralelismo de la libertad de los antiguos con la libertad positiva. Según la visión de Constant, la libertad de los modernos consiste en “el derecho de cada uno a estar sometido más que a las leyes, a no poder ser ni arrestado, ni detenido, ni muerto, ni maltratado de manera alguna a causa de la voluntad arbitraria de uno o de varios individuos. Es el derecho de cada uno a expresar su opinión, a escoger su trabajo y ejercerlo, a disponer de su propiedad, y abusar incluso de ella; a ir y venir sin pedir permiso y sin rendir cuentas de sus motivos o de sus pasos. Es el derecho de cada uno a reunirse con otras personas sea para hablar de sus intereses, sea para profesar el culto que él y sus asociados prefieran, sea simplemente para llenar sus vidas y sus horas de la manera más conforme a sus inclinaciones, a sus caprichos. (...) La libertad de los antiguos consistía en ejercer de forma colectiva pero directa, distintos aspectos del conjunto de la soberanía, en deliberar, en la plaza pública, sobre la guerra y la paz, en votar las leyes, en pronunciar sentencias, en examinar las cuentas, los actos, la gestión de los magistrados, en hacerles comparecer ante todo el pueblo, acusarles, condenarles y absorberles; pero a la vez que los antiguos llamaban libertad a todo esto, admitían como compatible con esta libertad colectiva la completa sumisión del individuo a la autoridad del conjunto. No se encuentra entre ellos casi ninguno de los beneficios que, como constitutivos de la libertad de los modernos, acabamos de ver. Todas las actividades privadas estaban sometidas a una severa vigilancia; nada se dejaba a la independencia individual, ni en relación con las opiniones, ni con la industria, ni, sobre todo, con la religión. CONSTANT (1989:259-260) Concluye su ensayo Constant afirmando que es necesario aprender a combinar la dos libertades “respetando sus derechos individuales, cuidando de su independencia, no turbando sus ocupaciones, deben sin embargo reafirmar su influencia sobre la cosa pública, llamarles a concurrir al ejercicio del poder a través de sus decisiones y de sus votos,

Ha tenido enorme influencia en desarrollos posteriores, que han reinterpretado de diversas formas estas perspectivas de análisis. En el ámbito de la libertad de expresión, en un esfuerzo de síntesis, se podría considerar como un modelo norteamericano que prioriza la *libertad negativa*, lo que se conoce como el *mercado de las ideas*, frente a un modelo alemán que prioriza la *libertad positiva*, que se podría denominar como el modelo de la “*democracia militante*”. Es significativo que de lo que se trata, en suma, es establecer cuáles son las justificaciones de los límites a un derecho tan fundamental en dos culturas jurídicas, que por cuestiones diversas están especialmente sensibilizadas con los problemas de las minorías, pero que aportan soluciones diversas. En este sentido, el caso del *lenguaje del odio* puede interpretarse como un conflicto de derechos y los sucesivos casos judiciales ofrecen diferentes ponderaciones entre ellos. Lo relevante es que sólo pueden interpretarse adecuadamente estas decisiones judiciales

garantizándoles el derecho de control y vigilancia a través de la manifestación de sus opiniones, y formándoles adecuadamente en tan elevadas funciones por medio de la práctica, darles a la vez el deseo y la facultad de satisfacerlas.” CONSTANT (1989:285)

si se apela a los fundamentos filosóficos de los modelos sobre libertad de expresión.

2.-La libertad de expresión como *libertad negativa*. La visión norteamericana del mercado de las ideas

La visión de la *libertad negativa* comporta la no interferencia en el ámbito individual y, por tanto, el aumento de la libertad se corresponde con la ausencia de barreras para su ejercicio. En palabras de Dworkin, significa no ser obstaculizado por otros en hacer lo que uno desee hacer⁶. La *libertad negativa*, para Berlin, queda cuantificada al responder a la pregunta “¿En qué medida estoy controlado?” Es lo que denomina “*libertad de*”⁷. La habitual traslación de esta visión supone que se aumenta la libertad de los individuos si el Estado se abstiene de intervenir⁸. En la tradición norteamericana

sobre libertad de expresión ha tenido un especial peso esta perspectiva que estaría tras las palabras de la Primera Enmienda de la Constitución: “el Congreso no hará ninguna ley recortando la libertad de expresión o de la prensa.”⁹ Pero es sin duda la jurisprudencia de la Corte Suprema la que ha perfilado más claramente el significado de este precepto constitucional con la concepción del *mercado de las ideas*, que apareció por primera vez en un voto discrepante del Juez Holmes en el caso *Abrams v. Estados Unidos*¹⁰.

Según esta visión no es el papel del Estado prohibir ideas, aunque alguien las considere equivocadas, ni la expresión de las mismas ya que “el mejor criterio de verdad es el poder que el pensamiento pueda tener de ser aceptado en la competencia del mercado, y que la verdad es el único fundamento sobre el que sus deseos pueden

⁶ DWORKIN (1996: 215)

⁷ BERLIN (2001: 144)

⁸ Berlin critica la identificación de la *libertad negativa* con el *laissez faire* económico: “La *libertad negativa* puede interpretarse como *laissez faire* económico, y así, en nombre de la libertad los propietarios estarían autorizados a destruir la vida de los niños en las minas o los patrones de las fábricas, a quebrar la salud y el carácter de los trabajadores en la industria. Pero, en mi opinión, eso es una perversión, y no es lo

que el concepto significa para los seres humanos.” BERLIN (2001: 145).

⁹ Es la traducción de “*Congress shall make no law abridging the freedom of speech, or of the press*”.

¹⁰ Era un caso en el que unos militantes socialistas habían sido condenados por distribuir panfletos en los que se urgía a unos obreros a dejar de fabricar balas que podían llegar a usarse contra la Revolución rusa de 1917. SALVADOR CODERCH (1990: 26-27).

cumplirse. Esta es, en cualquier caso, la teoría de nuestra Constitución...”¹¹ La Corte Suprema adoptó esta posición en otro caso cuando estableció “bajo la Primera Enmienda no existe tal cosa como una idea falsa”.¹² La visión que subyace es que por perniciosa que una idea pueda parecer, su corrección depende, no de la conciencia de los jueces y jurados, sino de la competición con otras ideas.¹³

¹¹ El Juez Holmes afirmaba: “La persecución por expresar ideas me parece perfectamente lógica. Si Vd. no alberga duda alguna acerca de sus propias premisas y si quiere, además, conseguir un cierto resultado con todo su corazón, entonces Vd. expresará con naturalidad sus deseos en la ley y eliminará toda oposición. Pero cuando los hombres comprueban cómo el tiempo ha podido invalidar muchas creencias agresivas, entonces pueden llegar a creer, incluso más profundamente de lo que creen que constituye la base auténtica de su propia conducta, que el ansiado bien supremo se consigue de mejor manera en el mercado libre de las ideas, que el mejor criterio de verdad es el poder que el pensamiento pueda tener de ser aceptado en la competencia del mercado, y que la verdad es el único fundamento sobre el que sus deseos pueden cumplirse. Esta es, en cualquier caso, la teoría de nuestra Constitución...” *Abrams v United States* 250 US n616, 40 SCt. 17,22,63 L.Ed: 1173 (1919) voto discrepante SALVADOR CODERCH (1990: 27)

¹² *Gertz v. Robert Welch Inc.* 418 U.S. 323, 339-40 (1974)

¹³ *Gertz v. Robert Welch Inc.* 418 U.S. 323, 339-40 (1974) INGRER (1984: 7) nota a pie 25.

La noción de mercado de las ideas podría albergar la visión que las diferentes opiniones en una sociedad compiten entre sí en un debate abierto y plural, donde unas tienen más éxito que otras según la cantidad de seguidores y la calidad de los argumentos. Esto evita que exista una verdad declarada como oficial y supone -un punto característico del constitucionalismo norteamericano- que el Estado debe permanecer neutral respecto a los diversos discursos de la esfera pública. Las asunciones implícitas de este modelo, según Ingrer, son: a) La verdad debe ser susceptible de ser descubierta, esto es, cercana a un concepto objetivo más que a uno, subjetivo o elegido; b) La segunda asunción necesaria del *mercado de las ideas* enfatiza en que el poder de la racionalidad de los individuos puede separar la forma de la sustancia de las posiciones competitivas que se presentan.¹⁴ Estos principios serían compatibles con el individualismo liberal, frente a posiciones paternalistas o perfeccionistas.

¹⁴ INGRER (1984: 15)

La interpretación habitual que se ha hecho de la propuesta inicial del Juez Holmes, que podría haber tenido otras derivaciones, es la que lo caracteriza como un mercado desregulado, donde el Estado sigue una política de *laissez faire* y existe una fuerte prioridad de la *libertad negativa*. Frente a otras visiones más deliberativas o socializadoras de conocimiento que podrían haberse formulado, la concepción del *mercado de las ideas* que ha tenido más éxito es la que lo aproxima a una justificación libertaria. Esta visión asimila sus reglas a las de cualquier otro mercado. Sin embargo, para Ingrer, esto es más un mito que una realidad. En la práctica, se reflejan los puntos de vista convencionales sobre la sociedad, la economía y la política; la diversidad de perspectiva es inexistente y es difícil sostener que este mercado no esté intervenido. Algunos críticos, explicando su viabilidad continuada, han notado que el *mercado de las ideas* funciona como una *profecía que se autocumple*¹⁵.

2.1.-La justificación liberal de la libertad de expresión

Un primer tipo de justificación sobre la libertad de expresión, explica Dworkin, la considera importante instrumentalmente, es decir, por los efectos que produce. Desde esa perspectiva, Holmes en el voto discrepante de *Abrams*, donde habló por primera vez del *mercado de las ideas*, estableció que la política está más cercana a descubrir la verdad y eliminar el error, o producir más buenas que malas políticas, si la discusión política es libre y desinhibida. O desde la visión de Madison que enfatizó la idea que la libertad de expresión ayuda a proteger el poder del pueblo de gobernarse a sí mismo. O la razón de sentido común de que el gobierno esta más lejos de convertirse en corrupto si carece del poder de criminalizar la crítica.¹⁶

El segundo tipo de justificación de la libertad de expresión, según Dworkin, supone que la libertad de expresión es valiosa, no sólo en virtud de las consecuencias que tiene, sino que es una característica esencial y

¹⁵ INGRER, (1984: 48)

¹⁶ DWORKIN (1996: 199-200)

“constitutiva” de una sociedad política justa donde el gobierno trata a todos sus miembros adultos, excepto aquellos que son incompetentes, como agentes morales responsables.¹⁷ Desde esta perspectiva, el gobierno insulta a los ciudadanos, y niega su responsabilidad moral, cuando decreta que no son confiables al escuchar opiniones que puedan persuadirles de convicciones peligrosas u ofensivas.¹⁸ Los principios que están detrás de esta justificación intrínseca de la libertad de expresión tienen una clara inspiración en el liberalismo, especialmente en la versión que propuso Stuart Mill en *Sobre la Libertad*.

En esta obra clásica, se marcan los límites de la intervención del Estado y de los demás individuos respecto a la autonomía individual. Aquí se enuncia el conocido principio del *daño a terceros*: “que el único propósito para el que puede ejercitarse legítimamente el poder sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio

bien, sea físico o moral, no constituye justificación suficiente”¹⁹. La “región propia” de la libertad humana comprendería la libertad de conciencia, libertad de pensar y sentir que incluye la libertad de publicar y expresar opiniones, libertad para configurar nuestro plan de vida de manera que encaje con nuestro carácter, siempre que no perjudique a otros y aunque ellos puedan pensar que nuestra conducta es “demencial perversa o errónea”²⁰ y la libertad de unirse para cualquier propósito que no implique daño a otros, “dando por supuesto que las personas son mayores de edad y no están

¹⁹ Stuart Mill afirma que “este principio consiste en que el único fin que justifica la intervención de la especie humana, colectiva o individualmente, en la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes, es su propia protección. Que el único propósito para el que puede ejercitarse legítimamente el poder sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, sea físico o moral, no constituye justificación suficiente. Él no puede ser justificadamente forzado a actuar o a abstenerse de hacerlo porque sea mejor para él hacerlo así, porque ello le haga sentirse más feliz, porque en opinión de los demás hacerlo así sería de sentido común, o incluso justo. Éstas son buenas razones para amonestarle, para razonar con él, para persuadirle o para suplicarle, pero no para obligarle o inflingirle cualquier mal en caso que actúe en forma diferente. Para justificar esto, la conducta de la que se desea disuadirle tendría que haber sido calculada para perjudicar a las otras personas. En la parte que le concierne meramente a él, a su independencia es, por derecho, absoluta. El individuo es soberano sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y sobre su mente”. STUART MILL (1991: 74-75)

²⁰ STUART MILL (1991: 78)

¹⁷ DWORKIN (1996: 200)

¹⁸ DWORKIN (1996: 215)

forzadas ni engañadas”²¹. La posición de Stuart Mill es considerar que el individuo, “en la madurez de sus facultades”²², es el mejor juez de sus propios intereses, y el Estado sólo puede intervenir regulando las conductas que dañen a terceros. El contexto de la visión de Mill es la valoración positiva de la diversidad humana y de sus diferentes manifestaciones²³.

De forma coherente con este principio, Mill dedica un capítulo a *La libertad de pensamiento y discusión* como un elemento

²¹ STUART MILL (1991: 78)

²² Stuart Mill excluye a “niños y a personas jóvenes que están por debajo de la mayoría de edad que la ley pueda fijar tanto para los hombres como para las mujeres. Aquellos que aún permanecen indefensos y requieren ayuda de otros, deberán ser protegidos contra sus propias acciones tanto como contra los daños que puedan inferirles. Por la misma razón, debemos pasar por alto aquellos estados de la sociedad atrasados en que puede considerarse que la raza no tiene edad suficiente”. La última consideración puede resultar polémica, aunque debe contextualizarse en las circunstancias históricas y sociales en las que vivió Stuart Mill. en STUART MILL, (1991: 75)

²³ El ensayo de *Sobre la libertad* se inicia con esta cita de Humboldt: “El gran principio rector hacia el que convergen directamente todos los argumentos desplegados en estas páginas, consiste en la importancia absoluta y esencial del desenvolvimiento humano en su riquísima variedad”. Guillermo de Humboldt: *De la esfera y los deberes del Gobierno*, citado por STUART MILL, (1991: 60)

básico de conformación de las ideas para los agentes morales. Realiza una defensa de la heterodoxia, una crítica del dogmatismo y concede una gran importancia a la libertad de expresión en el debate público. Condensa su perspectiva en estos puntos:

Primero. Si una opinión cualquiera es reducida a silencio, hasta donde alcanzamos a saber, esta opinión puede ser verdadera. Negarlo equivale a aceptar nuestra propia infalibilidad. *Segundo.* Aun siendo un error la opinión reducida a silencio, puede contener, y con frecuencia contiene, una porción de verdad; y puesto que la opinión general o dominante en cualquier asunto raramente o nunca equivale a toda la verdad, lo que queda de verdad solamente tendrá alguna posibilidad de ser repuesto en su totalidad mediante la colisión de opiniones adversas. *Tercero.* Aun conteniendo la opinión admitida toda la verdad y nada más que la verdad, será sostenida como si se tratara de un prejuicio, sin apenas entender o sentir sus fundamentos racionales, a menos que sufra ser discutida vigorosamente, y de hecho lo sea, por la mayoría de los que la adoptan. *Cuarto.* Y no sólo eso, sino que el significado mismo de la doctrina correrá el peligro de perderse o debilitarse, y de ser privado de su efecto vital sobre el carácter y la conducta; si se convierte el dogma en una profesión meramente formal, ineficaz para el bien, llenará el terreno de obstáculos e impedirá el desarrollo de cualquier convicción real y sincera que pueda surgir de la razón y la experiencia.²⁴

²⁴ STUART MILL (1991: 135-136)

La defensa de la deliberación, el contraste de las ideas y el rechazo de la censura son necesarios para que los individuos como agentes morales puedan decidir autónomamente sus planes de vida. La intervención estatal se justifica cuando las acciones de los individuos dañen a los demás. La primera idea está en la línea de impedir las restricciones a la libertad de expresión ya que eso contribuirá a la búsqueda de la verdad por parte de los individuos. La segunda idea justificaría límites a la libertad de expresión cuando se produzca daños a terceros. Una vez más, la clave es quién y cómo se define ese daño.

2.-2 Algunos casos de la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana sobre lenguaje del odio

La Corte Constitucional norteamericana ha construido a través de casos una doctrina sobre la Primera Enmienda que prima la consideración de la libertad de expresión como búsqueda de la verdad frente a una interpretación estricta que afirme que el lenguaje que causa daño, sea como sea definido, debe ser censurado legal o judicialmente. Fue el Juez Holmes, quien en

el voto discrepante de *Abrams*, estableció como límites al mercado de las ideas que las expresiones deben superar el *test del daño presente y claro*, en el conocido ejemplo de quien grita falsamente “fuego” en un teatro lleno de gente, causando pánico.²⁵ No toda expresión está constitucionalmente protegida, pero la cuestión es establecer el vínculo inherente entre el daño con las consecuencias del discurso. Un desarrollo de la doctrina del *test del daño presente y claro* fue el caso *Branderburg*, donde se trataba del derecho del Ku Klux Klan que llamaba públicamente a la expulsión de los afroamericanos y los judíos de los Estados Unidos y el derecho a sugerir la deseabilidad de la violencia (en velados pero inequívocos términos). Las expresiones utilizadas por los miembros de Ku Klux Klan en *Brandenburg* son instructivas: dijeron que “es posible que se deba realizar alguna venganza”; “los *nigger* deben volver a Africa, los judíos volver a Israel.”, que debemos “enterrar los *niggers*”.²⁶

²⁵ *Abrams v United States*, 250 U.S. 16, 630 (1919) (Holmes, J. dissenting) ROSENFELD (2003: 18)

²⁶ *Nigger* es una expresión abiertamente racista para referirse a las personas afroamericanas. ABRAMS (1992: 747)

La Corte Suprema estableció que la libertad de expresión estaba protegida, a menos que el discurso tuviera la intención de causar violencia y tuviera una alta probabilidad de producir ese resultado de forma inminente. En palabras de la Corte, “las garantías constitucionales de la libertad de expresión y la prensa libre no permiten al Estado prohibir o proscribir la defensa del uso de la fuerza o la violación de la ley, excepto cuando esa defensa está dirigida a incitar o producir una acción ilegal inminente o es probable que incite o produzca esa acción”²⁷ Como afirma Rosenfeld, la Corte Suprema en una decisión unánime en *Bradenburg* concluyó que el Ku Klux Klan había abogado por la violencia, pero no había incitado a ella. Trazando esta línea entre abogar e incitar aplicó un principio recientemente establecido para tratar con el discurso comunista que comportaba que se derrocara el gobierno por la fuerza²⁸. Bajo esta visión subyace la cuestión de si el lenguaje del odio puede ser igualado con el lenguaje (políticamente) extremista, donde el

segundo no comporta necesariamente odio personal.²⁹

En el caso *Skokie* se afirmaba el derecho de los nazis a marchar por la calle de una comunidad habitada por supervivientes judíos de los campos de concentración de la II Guerra Mundial. Como explica Rosenfeld, la batalla constitucional se centró en si la propuesta marcha en *Skokie* equivalía a una “incitación a la violencia”. Basada en el testimonio de los supervivientes del Holocausto residentes en *Skokie* que afirmaron que la exhibición de la esvástica les provocaría a la violencia³⁰. La Corte Suprema sostuvo que la ordenanza que prohibía la manifestación de Partido Nacional Socialista era inconstitucional bajo la Primera Enmienda ya que “el resultado que hemos alcanzado está dictado por la proposición fundamental que si esos derechos civiles deben permanecer vitales para todos, debemos proteger no sólo aquellos que la sociedad caracteriza como aceptables, sino también aquellos cuyas ideas bastante

²⁷ *Bradenburg v. Ohio* 395, US 444 (1969) 447 ABRAMS (1992: 747)

²⁸ *Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (19557)

²⁹ Rosenfeld afirma que aunque los comunistas utilizaran la expresión “cerdos capitalistas”, esto no podía ser simplemente igualado con el anti-semitismo o el racismo. ROSENFELD (2003: 22)

³⁰ ROSENFELD (2003:23).

justificadamente rechaza y desprecia”³¹ La marcha finalmente tuvo lugar en Chicago, alejada de cualquier barrio judío, mostrando su soledad e impotencia más que avanzar en su causa. Bajo estas circunstancias, Rosenfeld afirma que permitirles expresar su mensaje de odio probablemente contribuyó más a desacreditarlos que si la prohibición contra su marcha hubiera sido establecida por los tribunales.³²

La Corte Constitucional ha desarrollado la doctrina de las *fighting words*, que podría traducirse como palabras belicosas, provocadoras o que agreden, que sería un tipo de expresión que no merecería protección constitucional. En el caso Chaplinsky, un Testigo de Jehová que había estado distribuyendo panfletos religiosos y tuvo un altercado, se dirigió al jefe de la policía en estos términos: “eres un mafioso condenado por Dios” y “un condenado fascista y el gobierno entero de Rochester

son fascistas o agentes de fascistas”.³³ En una decisión unánime, la Corte Suprema confirmó la culpabilidad de Chaplinsky y sostuvo que: “hay cierta clase de expresión bien definida y estrechamente limitada, cuya prevención y castigo nunca se ha pensado que plantee un problema constitucional. Esta incluye la lasciva y obscena, la irreverente, la difamatoria y las palabras insultantes o belicosas, estas que por su simple emisión infligen daño o tienden a incitar un inmediato desorden público”³⁴

Las palabras belicosas son aquellas (1) que su emisión inflige un daño³⁵ o (2) tienden a incitar a una inmediata ruptura de la paz, lo

³¹ Collin v. Smith 578 F. 2d 1197 (7th Cir) stay denied, 436 U.S. 953 and cert. denied 439 U.S. 916 (1978) ABRAMS (1992: 746-747)

³² ROSENFELD (2003:24)

³³ El relato que ofrece Lawrence es el siguiente: “Chaplinsky, un Testigo de Jehová había estado distribuyendo literatura religiosa en la calles de Rochester, New Hampshire, en una concurrida tarde de sábado. Una resentida multitud se congregaba alrededor de Chaplinsky, y un jefe de policía municipal llegó a la escena diciendo que Chaplinsky podía distribuir sus panfletos pero advirtiéndolo a Chaplinsky que la multitud estaba resentida y que sería mejor ir despacio. Un tiempo después, ocurrió un disturbio y Chaplinsky fue escoltado por un oficial de policía a la comisaría. En la ruta, Chaplinsky encontró al jefe de la policía y le dijo “Eres un mafioso condenado por Dios” y “Un condenado fascista y el gobierno entero de Rochester sois fascistas o agentes de fascistas” Chaplinsky v. New Hampshire 315 US 568 1942 citado por LAWRENCE, (1992-1993: 706-708)

³⁴ FAYOS GARDO (1996: 409).

³⁵ Es la traducción de “*by their utterance inflict injury.*”

que se traduce por producir desórdenes públicos. La primera interpretación fue rechazada por la Corte y la segunda fue aceptada y aplicada al caso. El único acusado cuya conducta ha sido considerada por la Corte Suprema para constituir el uso de palabras belicosas fue el mismo Walter Chaplinsky. La Corte ha restringido el principio cada vez que lo ha aplicado a partir de entonces, por ejemplo en el caso *Cohen v. California*.³⁶ Es destacable que la interpretación, conforme a que las palabras belicosas son términos cuya emisión causa daño, podría tener un desarrollo favorable en el caso de aplicación a los casos de lenguaje del odio. Sin embargo, la Corte Suprema no ha seguido esta vía.

Una de las decisiones más polémicas sobre libertad de expresión fue el caso *R.A.V. v.*

³⁶ En el caso *Cohen v. California*, la Corte confirmó el derecho de Paul Robert Cohen a llevar una chaqueta con el lema "*Fuck the Draft*" —draft es el reclutamiento militar— en los juzgados de Los Angeles. La Corte reconoció que la frase usada por Cohen "con cierta frecuencia utilizada en una moda provocativa". La Corte sostuvo que para constituir palabras belicosas, un individuo debe dirigir "epítetos abusivos personalmente" a un individuo específico. Las palabras belicosas sólo pueden emitirse por aquellos individuos que están predispuestos a luchar LAWRENCE (1992-1993:708-709)

*City of St. Paul*³⁷ donde se acusaba a algunos adolescentes por quemar una cruz en el jardín de una familia afroamericana según la ordenanza de St Paul que establecía: "cualquiera que ponga en una propiedad privada un símbolo, un objeto, una apelación, un calificativo o un *graffiti*, incluida (pero no limitado a una cruz en llamas o una esvástica nazi, cosas que se sabe o de las que se tiene suficientes datos para saber que causan en los otros ira, preocupación o resentimiento, en función de la raza, el color, el credo, la religión o el género, comete un acto contra la ley y deberá ser considerado culpable de un delito menor."³⁸

La Corte consideró que la ordenanza era inválida bajo la Primera Enmienda porque sólo se aplicaba al comportamiento o expresiones que se incluían en uno de los tópicos articulados como desfavorecidos. Tratando estas limitaciones selectivas como discriminación basada en el contenido, la Corte invalidó la ordenanza de St Paul sobre lenguaje del odio.³⁹ La decisión establece,

³⁷ *R.A.V. v. City of St. Paul* 112 s. Ct. 2538 (1992).

³⁸ Ordenanza de St Paul del Crimen motivado por el prejuicio, Section 292.02 Minn. Legis Code (1990).

³⁹ ABRAMS (1992: 749)

según Carrasco, que una restricción a las palabras belicosas sólo sobrevivirán a la revisión constitucional si *todas* las palabras belicosas son proscritas, y el Estado no puede clasificar las palabras belicosas específicamente relacionadas con clases protegidas o grupos.⁴⁰ Es decir, como explica Fiss, no se respetaba el principio de neutralidad de contenido. La Corte admitió que la ordenanza sólo prohibía “palabras provocadoras”, un tipo de expresión que el Estado tiene el poder de regular o incluso de reprimir. Sin embargo, la Corte invalidó la ordenanza por su parcialidad. De acuerdo con la ordenanza, las “palabras provocadoras” de los racistas o sexistas estaban prohibidas, pero no lo estaban las de quienes luchaban contra el racismo y del sexismo. El Estado estaba favoreciendo al tolerante frente al intolerante.⁴¹

La visión de la mayoría en el caso *R.A.V. v. St Paul* buscaba defender la visión del *mercado de las ideas* que enfatizaba la no intervención estatal en la determinación de la

verdad o falsedad de los argumentos, lo que supone que el Estado debe ser neutral respecto del contenido de la expresión⁴². Es una posición que enfatiza la visión de la *libertad negativa* y que desconfía de la intervención gubernamental en cuestiones de libertad de expresión. En la Sentencia, que tuvo como ponente al Juez Scalia, se incide en este punto cuando se afirma que “las razones de la prohibición general es que la discriminación por contenido ‘levanta el espectro que el gobierno puede efectivamente expulsar ciertas ideas o puntos de vistas del *mercado de las ideas*’”.⁴³ Continúa afirmando la Sentencia que el punto de la Primera Enmienda es que las preferencias de la mayoría deben ser expresadas de una forma distinta que silenciando el discurso sobre la base de su

⁴⁰ CARRASCO (1992: 733)

⁴¹ FISS (1999: 33)

⁴² En la Sentencia, redactada por el Juez Scalia, se argumenta que St Paul no ha distinguido un modo de expresión especialmente ofensivo -no ha seleccionado, por ejemplo- para prohibir sólo aquellas palabras que comunican ideas en una forma amenazante (por oposición a meramente detestable). Más bien, ha proscrito las palabras belicosas de cualquier forma que comuniquen mensajes de intolerancia religiosa, racial o de género. Una selección de este tipo crea la posibilidad de que la ciudad busque perjudicar la expresión de ideas particulares. Esa posibilidad sería por sí sola suficiente para convertir la ordenanza presuntamente inválida, pero los comentarios y concesiones de St Paul en este caso elevan la posibilidad a certeza. *R.A.V. v. St Paul* 112 s Ct 2538 (1992) 393.394

⁴³ *R.A.V. v. St Paul* 112 s Ct 2538 (1992) 387

contenido. No hay error sobre nuestra creencia de que quemar una cruz en el jardín de uno es reprensible. Pero St. Paul tiene suficientes medios a su disposición para proteger ese comportamiento sin lanzar la Primera Enmienda al fuego.⁴⁴

En el voto discrepante del Juez White se afirma que “caracterizando las palabras belicosas como una forma de “debate” la mayoría legitima el lenguaje del odio como una forma de discusión pública.”⁴⁵ Butler comenta que “el hecho de quemar una cruz en el césped de una familia negra parece así como estrictamente análogo –y por lo tanto, moralmente equivalente- a un individuo que hablara en público sobre si debe o no debe haber un impuesto de cincuenta céntimos sobre la gasolina.”⁴⁶ Así, White se quedó, como destaca Salvador Coderch, a un paso de la tesis según la cual la regulación de la libertad de expresión puede dejar de ser neutral en relación a contenidos ideológicos expresados o, si se prefiere, de la tesis

conforme a la cual es preciso establecer un marco supraideológico (“ético”) del discurso posible.⁴⁷

Aunque discrepa de los argumentos de la mayoría, el Juez White considera también inconstitucional la ordenanza de St Paul. Su punto de vista busca ser coherente con la doctrina a las palabras belicosas en la Corte Suprema en el caso *Chaplinsky* que prohibía el lenguaje que expresaba un primordial mensaje de daño personal o violencia inminente. Y añade que es un mensaje que es el más desagradable cuando esta dirigido hacia grupos que han sido durante tiempo objeto de discriminación. Por tanto rechaza el argumento de la neutralidad de contenido. Pero la cuestión es que la ordenanza hablaba de “causar en los otros ira, preocupación o resentimiento”, eso no tiene protección constitucional, ya que White considera que “del mero hecho de que la actividad expresiva cause sentimientos, heridas, ofensas o resentimiento no resulta que la expresión sea desprotegida”⁴⁸. En esta línea, Hylton considera que la

⁴⁴ R.A.V. v. St Paul 112 s Ct 2538 (1992) 396

⁴⁵ R.A.V. v. St Paul 112 s Ct 2538 (1992) dissent White 402

⁴⁶ BUTLER (2009: 98)

⁴⁷ SALVADOR CODERCH (1993: 22-23)

⁴⁸ R.A.V. v. St Paul 112 s Ct 2538 (1992) dissent White 414.

característica problemática en la ordenanza bajo la perspectiva de Mill es que no regula claramente las palabras belicosas. Las palabras pueden causar “alarma o resentimiento” sin ser palabras belicosas. De este modo, bajo la perspectiva de Mill, la ordenanza de R.A.V. no se debe permitir⁴⁹. Desde una posición que desarrolla la noción de las palabras belicosas en *Chaplinsky*, Butler asimila la cruz en llamas con una amenaza, que se interpretaría, o bien como el momento incipiente de una acción ofensiva, o bien como una afirmación de una intención de herir.⁵⁰

En otro voto discrepante, en los argumentos y en el fallo, el Juez Stevens sostuvo que “la ordenanza en St Paul es imparcial. En una batalla entre los partidarios de la tolerancia y los partidarios de la intolerancia la ordenanza no previene a cada lado en lanzar palabras belicosas al otro, sobre la base de sus ideas conflictivas, pero prohíbe a *ambos* lados lanzar esas palabras sobre la base de características como “raza, color, credo,

religión o género”.⁵¹ Rosenfeld afirma que en el caso *Skokie* se produce principalmente un desprecio por los manifestantes y un recordatorio sobre que había poco peligro de la adopción del nazismo en Estados Unidos, por otra parte, el caso *R.A.V.* tiene que ver con los persuasivos miedos, y en grado significativo justificados, respecto a las relaciones raciales en América.⁵²

A los ojos de un jurista europeo, la regulación norteamericana de la libertad de expresión aparece como paradójica y, en ocasiones, contraintuitiva. Los pilares del sistema se basan en la filosofía de Mill y el principio del daño a terceros, donde el daño exclusivamente se vincula al peligro inminente de violencia. ¿No existen otros daños relevantes relacionados con el lenguaje del odio? ¿No son serios ataques a la igual dignidad de los seres humanos la utilización de determinadas expresiones? Es lógico afirmar que el discurso del odio puede socavar el empoderamiento e incluso la

⁴⁹ HYLTON, (1996: 53)

⁵⁰ BUTLER (2009: 99-100)

⁵¹ Continúa afirmando “para extender la metáfora pugilística de la Corte, la ordenanza de St Paul simplemente prohíbe los puñetazos “bajo el cinturón” de cualquier parte. Por tanto, no favorece ningún lado del debate” R.A.V. v. St Paul 112 s Ct 2538 (1992) dissent Stevens 435

⁵² ROSENFELD (2003: 27)

noción de auto-respeto de los miembros de las minorías. La primera intuición de la filosofía norteamericana de la libertad de expresión que suscita crítica es que cualquier discurso, por si mismo, no produce daño. Esto está en entredicho. El caso paradigmático donde se refuerza este escepticismo es *R.A.V. v. St. Paul* donde se apela a la neutralidad estatal sobre el contenido de la expresión. Ese mismo Tribunal Supremo no ha sido neutral sobre el aborto o la esclavitud, o en temas de libertad de expresión, no es neutral frente a la obscenidad. No es coherente que la Constitución exprese un compromiso con la igualdad racial y se muestre neutral frente a muestras de intolerancia a los miembros de las minorías raciales. La Constitución sí tiene unos valores, no es axiológicamente neutra. La réplica es el miedo a la censura. Pero el peligro es si esa tolerancia con la intolerancia, como ya advirtió Popper, no provoca más intolerancia. El coste de la libertad, desde la perspectiva norteamericana, supone que los miembros de las minorías se consideren como víctimas de algunos discursos de los demás. De ahí que la visión norteamericana de la libertad de

expresión pueda ser conceptualizada como un dilema entre libertad e igualdad.⁵³

3.-La libertad de expresión como *libertad positiva*. La perspectiva alemana de la “democracia militante” y la intangibilidad de la dignidad humana

Existe una concepción diferente de la libertad de expresión como un elemento de la *libertad positiva* de los individuos, en la terminología de Berlin. La *libertad positiva* es el poder de controlar o participar en las decisiones públicas, incluyendo la decisión de restringir la *libertad negativa*. En una democracia ideal la gente se gobierna a sí misma.⁵⁴ La *libertad positiva*, para Berlin, responde a la pregunta “¿Quién me controla?”. Es lo que denomina “*libertad*

⁵³ Fiss presenta una forma original de presentar este dilema. El peligro del mensaje del discurso del odio es que haga imposible participar en la discusión de los asuntos públicos, a grupos históricamente marginados.. Es lo que denomina el efecto silenciador de la libertad de expresión. Las regulaciones de las expresiones del odio, intentan preservar la solidez del debate público al establecer las precondiciones necesarias para el autogobierno de la colectividad, asegurando que todas las posturas sean presentadas al público. El valor de la igualdad, de esta forma, estaría enraizado, no en la Catorceava enmienda, sino en la Primera, basado en las demandas de los grupos discriminados por tener una oportunidad plena y equitativa para participar en el debate público. FISS (1996 :21-22)

⁵⁴ DWORKIN (1996: 215)

para⁵⁵. Una interpretación de la *libertad positiva* sería que los individuos requieren que el Estado tenga un papel activo para garantizar las posibilidades de realización de sus planes de vida.

Una interpretación de la libertad de expresión como *libertad positiva* surge de una tradición jurídica distinta como la de Alemania, después de la II Guerra Mundial. Como explica Krotoszynski, la libertad de expresión no es el valor constitucional más importante en el sistema jurídico alemán. La dignidad humana tiene esta posición ya que, según el artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn, es el principio constitucional supremo y un derecho fundamental. Por lo tanto, cuando los casos presentan hechos en los que la dignidad humana y la libertad de expresión colisionan, la libertad de expresión debe ceder.⁵⁶ El enunciado del artículo 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn establece que “la dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo

poder público”⁵⁷ Como señala Haupt, la interpretación kantiana de la dignidad humana es un tema central en el derecho constitucional alemán de posguerra.⁵⁸ Según Peces-Barba, la dignidad humana es un referente ético racional como presupuesto de la ética pública.⁵⁹

El artículo 1 párrafo 1 de la Ley Fundamental, afirma Alexy, provoca la impresión de lo absoluto. Pero la razón de esta impresión no reside en que a través de esta disposición de derecho fundamental se establezca un principio absoluto, sino que la norma de la dignidad de la persona es tratada, en parte, como una regla y, en parte, como principio, y también en el hecho de que para el principio de la dignidad de la persona existe un amplio grupo de condiciones de precedencia en las cuales se da un alto grado de seguridad acerca de que bajo ellas el principio de la dignidad de la persona precede a los principios opuestos. Un ámbito definido por

⁵⁵ BERLIN (2001: 144)

⁵⁶ KROTOSZYNSKI (2003-2004: 1553-1554)

⁵⁷ El artículo 1.-2 de la Ley Fundamental de Bonn establece: “El pueblo alemán se identifica, por lo tanto, con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.”

⁵⁸ HAUPT (2005: 314)

⁵⁹ PECES-BARBA (2002: 72)

tales condiciones, es decir, protegido por las reglas que corresponden a estas condiciones, es lo que el Tribunal Constitucional Federal designa como “el ámbito esencial absolutamente protegido de la configuración de la vida privada”⁶⁰ En su análisis de la dignidad humana, Peces-Barba se refiere explícitamente a los casos de lenguaje del odio cuando afirma que “deben ser rechazadas las manifestaciones o las expresiones, que defendiendo esas tesis excesivas, traspasan los límites de la libertad de expresión creando un claro y presente peligro de favorecer el paso de las palabras a los hechos.”⁶¹

Un segundo aspecto es que Alemania se concibe como una *democracia militante* “*wehrhafte Demokratie*”, lo cual supone que la expresión que tiene la intención de destruir el autogobierno democrático no tiene ninguna protección bajo la Ley Fundamental. Obviamente, la historia de la dictadura nacional socialista por Adolf Hitler influye en la visión judicial de la relativa importancia de

la libertad de expresión. La ley Fundamental prohíbe los partidos políticos que buscan desestabilizar el autogobierno democrático en Alemania.⁶²

Esto supone una solución de la paradoja de la democracia que se produce cuando se da un discurso antidemocrático dentro del sistema democrático. La consecuencia es que existen valores y discursos oficialmente proscritos, aquellos que son calificados de antisistema. Lo cual supone que la esfera pública no es neutral respecto del discurso y, por ende, que se define en torno a unos valores de los que se predica su superioridad ética. El debate se plantea sobre si esta limitación estatal de la libertad de expresión implica una visión perfeccionista o paternalista, o dicho de otra forma, si la definición de los valores de la esfera pública de la democracia militante no comporta la adopción de unas concepciones del bien en particular. Un peligro adicional respecto a la prohibición del discurso anti sistema sería el de la pendiente resbaladiza donde el mecanismo que prohíbe las manifestaciones contrarias a la verdad oficial es utilizado

⁶⁰ ALEXY (2002: 106-107)

⁶¹ PECES-BARBA (2002: 72)

⁶² KROTOSZYNSKI (2003-2004: 1553-1554)

como mecanismo de censura y persecución en regímenes autoritarios. Lo que caracterizaría la democracia es el pluralismo de opciones, el debate libre y un compromiso con los derechos fundamentales, en especial con la libertad de expresión, como prerequisite del mismo sistema democrático.

En tercer lugar, la Ley Fundamental limita el derecho a la libertad de expresión, invitando a ponderarla con otros intereses sociales. La Primera enmienda, por contraste, no establece ninguna provisión para la ponderación de derechos; desde esta perspectiva, el derecho a la libertad de expresión es absoluto. Como se podría prever el ejercicio de ponderación prescrito por el texto de la Ley Fundamental no siempre redundará a favor los demandantes de la libertad de expresión.⁶³

En tanto que la democracia y la protección de la vida individual y la libertad permanecen entre las metas de Humanidad, Jeffrey afirma, en el contexto de la Primera Enmienda de las Constitución

Norteamericana, que debe ser reconocido que el derecho a “recibir e impartir ideas e información” debe ser absoluto.⁶⁴ Las palabras “ninguna ley...” deben ser tomadas en su peso total, como enérgicamente abogó el Juez Black, durante toda su carrera, y continuó afirmando su creencia que los Padres Fundadores tenían previsto una absoluta libertad para “aquello que la gente pudiera decir o publicar” y que las palabras de la Constitución “ninguna ley” significan no más o no menos que eso.⁶⁵

Frente a la justificación libertaria de la libertad de expresión, que enfatiza en la *libertad negativa* como no interferencia estatal, existe una justificación republicana que se basa en la *libertad positiva* que, como explica Ansuategui Roig, se basa en la teoría de la responsabilidad social de la prensa. Desde esta perspectiva, el Estado pasa a desempeñar un papel más activo, consustancial a la noción de servicio público. Es una teoría que pretende limitar la verdadera libertad de expresión a fin de autentificarla, otorgando a los órganos de

⁶³ KROTOSZYNSKI (2003-2004: 1553-1554)

⁶⁴ JEFFREY (1986: 225).

⁶⁵ JEFFREY (1986: 224)

expresión unas mínimas condiciones de libertad en el seno de las modernas sociedades luchando contra una multiplicidad de influencias que se oponen a la existencia de una comunicación auténticamente democrática. Desde esta visión, aparecen códigos deontológicos de la ética periodística como un ejercicio de autorregulación de la profesión.⁶⁶

3.1.- La justificación republicana de la libertad de expresión

Caracterizando el republicanismo, que defendería la justificación de la libertad de expresión como *libertad positiva*, Gargarella afirma que el Estado ausente en el liberalismo es reemplazado entonces, por un Estado activo; la neutralidad liberal por un compromiso con una concepción del bien particular y la custodia de la privacidad por el aliento de la virtud cívica. Algunos criticarían esta posición que pondría en riesgo la autonomía individual y supondría la adopción de políticas perfeccionistas⁶⁷. En este sentido Pettit ha defendido la noción de

libertad como *no dominación* como alternativa a la libertad negativa.⁶⁸ Esta perspectiva es defendida por Sandel para aplicarla a casos de libertad de expresión. Este autor parte de desmarcarse de la visión comunitarista -que se le atribuye- que diría que la moralidad crítica se compone de los valores de la moral social, para defender una posición que afirma que la justificación de los principios de la justicia depende de la valía moral o de la bondad intrínseca de los fines a los que tales principios sirven, que denomina teleológica o perfeccionista.⁶⁹

En este contexto, se plantea la cuestión sobre qué se debería hacer en el caso *Skokie* donde se trataba de autorizar una marcha nazi en un barrio donde vivían judíos supervivientes del holocausto o qué se debía

⁶⁶ ANSUATEGUI ROIG (1990: 19-20)

⁶⁷ GARGARELLA (2005: 186)

⁶⁸ Pettit define la libertad como no dominación republicana en contraposición con la libertad como no interferencia defendida por Berlin en su conceptualización de la *libertad negativa*. En este sentido, Pettit afirma que “la libertad como *no-dominación* nos exige reducir las capacidades de interferencia arbitraria a que una persona está expuesta, en tanto que la libertad como no-interferencia nos exige minimizar las expectativas de interferencia de la persona en cuestión. Pero eso significa que mientras el ideal de la *no-dominación* tenderá a exigir condiciones de elevada certidumbre, la no-interferencia admitirá muchas pérdidas para este frente. PETTIT (1999: 119) Phillip Pettit, *Republicanism*, Paidós, Barcelona, 1999, traducción de Toni Domenech, p. 119.

⁶⁹ SANDEL (2008: 331)

hacer en la autorización de las marchas de los derechos civiles de los años cincuenta y sesenta en localidades segregacionistas del sur de Estados Unidos. Los liberales sostienen que el Estado debe ser neutral respecto a las opiniones que promuevan sus ciudadanos. Prohibir expresiones ofensivas e impopulares significa imponer a unos ciudadanos los valores de otros y, por lo tanto, no respeta la capacidad de cada ciudadano para elegir y expresar sus propias opiniones.⁷⁰ En ambos casos los liberales autorizarían la marcha mientras que para los comunitaristas, que definen los derechos conforme a los valores predominantes de la comunidad, en ambos se prohibiría. Sandel critica estas conclusiones ya que la necesidad de resolver ambos casos en un mismo sentido evidencia hasta que punto es absurdo el rechazo a emitir juicios que liberales y comunitaristas comparten⁷¹

Desde la perspectiva teleológica o perfeccionista, Sandel diferencia uno y otro caso en el contenido del discurso, en la

naturaleza de la causa y en la valía moral de las comunidades locales cuya integridad estaba en juego. Los neonazis promueven el genocidio y el odio, mientras que Martin Luther King Jr. buscaba el reconocimiento de los derechos civiles de los negros. Los recuerdos compartidos de los supervivientes del Holocausto merecen una deferencia moral de la que no es en absoluto acreedora la solidaridad de los segregacionistas. Concluye Sandel que esta clase de discriminaciones morales son perfectamente compatibles con el sentido común, pero entran en conflicto con la versión del liberalismo que afirma la prioridad de lo correcto sobre lo bueno, así como con la versión del comunitarismo que fundamenta la defensa de los derechos exclusivamente en los valores comunitarios.⁷²

La teoría de los derechos según Sandel se debería fundamentar en una concepción que partiría de la bondad intrínseca de los principios que se defienden. Para los casos fáciles, los jueces acudirían a reglas y doctrinas generales. Pero algunas veces, ante casos especialmente difíciles, los jueces

⁷⁰ SANDEL (2008: 336)

⁷¹ SANDEL (2008: 337)

⁷² SANDEL (2008: 338)

no pueden aplicar tales reglas sin apelar directamente a los fines morales que justifican originariamente esos derechos.⁷³

Cabe cuestionar que esta posición puede resultar atractiva pero plantea algunos interrogantes: ¿Es posible un consenso estable sobre concepciones del bien, que no repita la fórmula liberal de separación de lo correcto de lo bueno? ¿Es la mayoría parlamentaria o son los jueces los encargados de considerar la bondad o maldad intrínseca de los principios que se alegan? ¿Habrá de reconocerse una lista de

⁷³ Sandel afirma que “Un ejemplo particularmente llamativo fue la opinión expresada por el juez Frank Johnson en la sentencia de 1965 que autorizó la histórica marcha de Martin Luther King de Selma a Montgomery. El gobernador de Alabama, George Wallace, quería impedir la marcha. El juez Johnson reconoció que los estados tenían derecho a regular el uso de sus carreteras principales y que una marcha multitudinaria por una de esas vías públicas rozaría “los límites máximos de lo constitucionalmente permitido”. Aun así, ordenó que el Estado permitiera la marcha alegando que la causa de ésta era justa: “La extensión del derecho a reunirse, manifestarse y marchar pacíficamente por las carreteras y las calles”, escribió, “debería ser proporcional a la enormidad de los males contra los que se protesta y cuya solución se reclama. En este caso, los males son inmensos. La extensión del derecho a manifestarse contra ellos, pues, debe determinarse en el grado proporcionalmente correspondiente. El dictamen del juez Johnson no era neutral con respecto a los contenidos; no habría sido de gran ayuda para los nazis en Skokie. Pero ilustra acertadamente la diferencia entre el enfoque liberal de los derechos y este otro enfoque que propone fundamentarlos en un juicio moral sustantivo de los fines que promueven. SANDEL (2008: 338-339)

expresiones oficialmente prohibidas según los principios prevalentes? En ese caso, ¿no podría haber un peligro de pendiente resbaladiza? ¿No podrían reformularse los principios, incluso los más polémicos, de forma adecuada para aparecer como intrínsecamente valiosos en algún sentido? Un ejemplo que respondería a esta última inquietud lo ofrece Raz cuando afirma que cualquier forma de vida que mejore la calidad de vida de una persona, mientras no le comporte ningún pecado mayor, es aceptable. Según este *test*, que hay que reconocer que es demasiado vago para ser aceptado sin más desarrollo, incluso el nazismo es aceptable. Muchos jóvenes son rescatados de una vida a la deriva y de delincuencia menor, en actividades enérgicas, organizadas en los clubes nazis juveniles, disfrutando de camaradería, participando de su cultura y tradiciones, así como un sentido de objetivo de vida, mientras son lo suficientemente afortunados para nunca haberse visto envueltos en crímenes nazis.⁷⁴ Sin embargo, el argumento de fondo de Raz y Sandel tiene puntos de coincidencia ya que para Raz se debe proteger el mal lenguaje cuando es

⁷⁴ RAZ, (1994: 222).

expresión o interpretación de algo que es parte de una forma valiosa de vida. Algunas formas de vida no tienen puntos a favor en sus características.⁷⁵

3.2.-El Tribunal Constitucional Federal y la libertad de expresión. El caso *Lüth*

La concepción de la libertad de expresión como *libertad positiva* está incardinada en la cultura jurídica alemana. Para mostrar las diferencias con la perspectiva norteamericana, se analizará el caso *Lüth* que resolvió el Tribunal Constitucional Federal que es, en Alemania, “el caso fundacional para la interpretación de las libertades de opinión”⁷⁶. Los hechos son los siguientes: Veit Harlam, un director de cine, trabajó de cerca con la máquina de

propaganda nazi. Produjo y dirigió un número de altamente ofensivas películas, incluyendo el infame anti-semítico film *Jud Süß*. A pesar de su colaboración activa con el gobierno nazi, los aliados no le consideraron culpable de crímenes de guerra por su contribución a los programa de genocidio Nazis. Después del fin de la II Guerra Mundial, él intentó reaparecer como un director importante. En 1950, escribió y dirigió la película *Immortal Beloved* “*Unsterbliche Geliebte*”, que obtuvo críticas favorables en Alemania y en el extranjero.⁷⁷ Eric Lüth, director de información, estaba indignado con la reaparición de Harlan en el mundo del cine como un actor legítimo. Lüth, actuando en su capacidad privada como ciudadano, organizó un boicot nacional al film de Harlam. Los productores y distribuidores de la película buscaron un requerimiento judicial contra el boicot bajo una provisión del Código civil alemán que establecía una reparación contra la persona que “intencionalmente cause daño a otra persona en una forma contraria a las buenas costumbres.”⁷⁸

⁷⁵ Continúa afirmando “No es lugar para discutir en detalle que hace una forma de vida totalmente inaceptable. Es una de las cuestiones centrales de la ética.”RAZ (1994: 21)

⁷⁶ HAUPT (2005: 324) En el presente artículo se hará un análisis detallado de la ponderación del Tribunal Constitucional alemán en el caso Lüth. Se trata un caso singular, fundacional, donde se invocan doctrinas por primera vez como la *drittwirkung* o el efecto recíproco que tendrán gran influencia posterior. Se abordará en extenso el análisis de esta sentencia por su capital importancia y porque marcará la jurisprudencia según el punto de vista que, como se muestra en la nota a pie 97, ha seguido el Tribunal Constitucional alemán en posteriores sentencias.

⁷⁷ KROTOSZYNSKI ,(2003-2004: 1553-1554)

⁷⁸ Es la traducción de “a person who intentionally causes injury to another persona in a manner contrary to good morals.” Se traduce, a veces, como good

En esta Sentencia se establece por primera vez por el Tribunal Federal alemán que la Ley Fundamental no es un documento neutral en los valores ya que la sección sobre derechos fundamentales establece un orden objetivo de valores, que se centra en el de dignidad humana, que debe considerarse como una decisión constitucional fundamental afectando a todas las esferas del Derecho (público y privado). Este valor sirve como criterio para medir o evaluar todas las acciones en las áreas de legislación, administración pública y adjudicación. Por tanto, está claro que los derechos fundamentales también influyen el desarrollo de derecho privado.⁷⁹ Esta es la denominada doctrina de la *Drittwirkung* que

morals como *boni mores* o buenas costumbres y, otras veces, como *public policy* que se traduciría como orden público. Esta cláusula general ha sido utilizado, por ejemplo, para proveer reparaciones de derechos de daños contra individuos que traicionaron a otros en la Gestapo durante el periodo Nazi. QUINT, (1989: 253). Seguiremos la traducción como *buenas costumbres* que sigue la traducción del Código Civil Alemán que dirige Albert Lamarca Marqués que traduce el artículo 826 como “quien de forma que contraviene las buenas costumbres causa dolosamente un daño a otro esta obligado frente a éste al resarcimiento del daño” LAMARCA MARQUES (2008: 238).

⁷⁹BVerfGE 7, 198, 204 f LIMBACH, (1999: 31-32). nota a pie 6

sostiene la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares a través de la acción de los tribunales. Como explica Quint, en el caso Lüth, se establece una teoría “indirecta” donde el Tribunal impone una obligación a los tribunales inferiores para usar sus poderes creativamente para alterar o adaptar una regla de Derecho civil cuando un valor constitucional está implicado.⁸⁰ Frente a la visión de los derechos fundamentales como derechos de no interferencia –*libertad negativa*–, Limbach subraya que la decisión llama la atención en el denominado efecto irradiante de los derechos fundamentales. El Tribunal ha desarrollado una variedad de deberes protectivos o afirmativos, que obligan al Estado, especialmente los legisladores, a proteger los derechos humanos contra las amenazas de los individuos privados o los grupos.⁸¹

La decisión en Lüth, según Bomhoff, puede ser considerada como la fundación de lo que ha venido a ser denominado el paradigma de posguerra de la adjudicación de los derechos

⁸⁰ QUINT (1989: 263)

⁸¹ LIMBACH, (1999: 21)

constitucionales. Con Lüth – y con la decisión Apotheken de unos meses después – se inició un movimiento, por una parte de un número creciente de tribunales de todo el mundo, al adoptar el lenguaje de la ponderación judicial para justificar sus decisiones sobre derechos constitucionales.⁸²

En un original ejercicio, Hall propone mostrar similitudes en el *método analítico* de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán y el enfoque de Dworkin.⁸³ En su análisis, realiza una reconstrucción de la argumentación del Tribunal en el caso *Lüth* que sugiere algún comentario. Parte de distinguir la noción que defiende Dworkin entre derecho, en sentido débil, –que sería derrotado por una directriz o una meta colectiva– y derecho, en sentido fuerte, –que sería una pretensión individual justificada que triunfa frente a la mayoría, en una característica visión antiutilitarista–.⁸⁴

En el caso *Lüth*, el Tribunal Federal alemán, según la versión de Hall, confrontó un conflicto entre un derecho individual a la libertad de expresión bajo el artículo 5.1 de la Constitución alemana y una ley del libelo generalmente aplicable. A pesar de la garantía de la libertad de expresión bajo el artículo 5.1, el artículo 5.2 permite que esta libertad esté limitada por las “leyes generales”. El Tribunal razonó que el derecho a la libertad de expresión sería poco significativo si puede ser limitado por *cualquier* ley general. El Tribunal sostuvo que los jueces están requeridos a “sopesar la importancia de derecho fundamental (libertad de expresión) contra el valor del interés protegido por las “leyes generales” en la persona supuestamente lesionada por la expresión”. La referencia del Tribunal al “interés protegido” aquí puede ser construida como un “principio” de Dworkin; los meros

alguna prueba, en la forma de una directriz para el bien colectivo, en orden a restringir una libertad particular. Segundo, en el sentido más fuerte, un derecho existe cuando sería *moralmente incorrecto* para el gobierno prevenir al individuo de cierta acción en orden a promover el bienestar general. En este sentido más fuerte, los principios que subyacen al derecho son tan fuertes que el gobierno no puede justificadamente apropiarse de aquellos principios por referencia a metas colectivas. En ese caso, las metas colectivas de utilidad no pueden triunfar sobre un derecho individual.” HALL (2008: 5)

⁸² BOMHOFF (2008: 122)

⁸³ HALL (2008: 5)

⁸⁴ Hall caracteriza así los dos tipos de derechos según Dworkin: “Primero, en un sentido débil, un individuo tiene un derecho cuando el gobierno debe reunir

argumentos respecto del bien colectivo no serían suficientes para superar al derecho de libertad de expresión. Habiendo considerado el Tribunal la libertad de expresión como un derecho débil, no existiría ninguna razón para calificar el significado de “leyes generales” porque cualquier ley considerada una meta colectiva o una directriz hubiera sido suficiente para limitar la libertad de expresión. Como resultado, aplicando la teoría de Dworkin al caso *Lüth* revela que el Tribunal Federal alemán considera la libertad de expresión como un derecho fuerte.⁸⁵

Según Hall, este sería un caso de considerar la libertad de expresión como un derecho fuerte, en el que: 1) se afirma un derecho individual; 2) la demanda de su oponente está basada en metas colectivas o directrices, y no en derechos individuales.⁸⁶ Pero, en la visión de Quint, se muestra como el director alegó la vulneración en su dignidad humana, derecho fundamental recogido en el artículo 1.1 de la Ley

Fundamental⁸⁷. También se podría haber alegado el derecho a la elección ocupacional del artículo 12 de la Ley Fundamental e, incluso, los derechos de expresión del propio Harlan protegidos en el artículo 5 de la Ley Fundamental.⁸⁸

Frente a esa caracterización como metas colectivas o directrices, el Tribunal argumentó que las “leyes generales” del artículo 5.2 LF podían ser reglas de derecho privado que protegen importante intereses personales, y podían limitar el derecho fundamental a la libertad de expresión del artículo 5.1 LF. Pero esto no quiere decir que las reglas generales de derecho privado

⁸⁷ Quint afirma “contra los muy poderosos intereses que favorecían el discurso de Lüth, los intereses económicos privados de Harlan y los productores de la película ocupan una posición distintivamente subordinada. Por ejemplo, el Tribunal rechazó el argumento de que los comentarios de Lüth injuriaron a Harlan en su “dignidad humana”- derecho protegido en el art. 1.1. de la Ley Fundamental de Bonn. El Tribunal dudó que el poder del ataque de Lüth fuera suficiente para sacar a Harlan de su esfera elegida de esfuerzo-la actividad en el cine; algo de daño sería necesario, aparentemente, al constituir una invasión de la dignidad humana”.QUINT(1989: 286)

⁸⁸ Quint afirma que “Quizá el Tribunal debería haber dejado claro que el caso comportaba un conflicto de dos derechos básicos —el derecho a la expresión de Lüth y el derecho de Harlan a su elección ocupacional. También los derechos de expresión del artículo 5 del propio Harlan como productor de películas podría haber sido más explícitamente discutido” QUINT(1989: 286) nota a pie 132.

⁸⁵ HALL (2008: 6)

⁸⁶ HALL (2008: 6)

siempre prevalezcan sobre las expresiones de opinión. Como afirma Quint, el Tribunal sostiene el derecho básico y las leyes generales se califican a cada uno a través del ejercicio de un “efecto recíproco” (*Wechselwirkung*). A la luz de este “efecto recíproco”, la única forma en que un resultado puede ser alcanzado en un caso específico es decidiendo si los valores incorporados en las leyes generales o los valores incorporados en el derecho fundamental tienen más peso bajo las circunstancias del caso y, por lo tanto, tenga el más poderoso efecto calificador en el caso particular. Por tanto, el Tribunal concluyó que una ponderación individual de los valores del derecho fundamental contra los valores de la ley general debe ser emprendida en cada caso bajo el artículo 5, secciones 1 y 2.⁸⁹ Como explica Alexy, los valores y principios tienden a colisionar. Una colisión de principios sólo puede ser resuelta por la ponderación. La lección de la decisión *Lüth*, que es la más importante para el trabajo jurídico del día a día, por lo tanto, es como sigue: “un ‘balance de intereses’ se convierte en necesario”.⁹⁰ Es la primera vez que se

establece explícitamente el mecanismo de ponderación para resolver un caso.

El Tribunal de Hamburgo, explica Alexy, realizó una reconstrucción del caso basada en reglas, no en principios, haciendo un ejercicio de subsunción y no de ponderación. Por tanto, se plantea si la sección 826 del Código Civil se aplica, esto es, si el caso trata de cuándo la apelación al boicot es contraria a las buenas costumbres. El Tribunal de Hamburgo argumentó que, efectivamente, era contrario a las buenas costumbres, por su objetivo de prevenir la reemergencia de Harlan como creador representativo de películas, a pesar del hecho de que no sólo no ha pasado el proceso de “desnazificación”, sino que no ha sido sentenciado en un proceso criminal por haber cometido crímenes nazis. En ese caso, la apelación al boicot debe ser declarada – de acuerdo con el Tribunal de Hamburgo – como contraria a las “convicciones democráticas del derecho y las costumbres del pueblo alemán.”⁹¹

⁸⁹ QUINT (1989: 283-284)

⁹⁰ ALEXY (2003, 133)

⁹¹ ALEXY (2003: 133)

En cambio, para determinar si el discurso era “contrario a las buenas costumbres” en el sentido del precepto de Código Civil alemán, el Tribunal Constitucional Federal consideró los motivos y metas de Lüth para llamar al boicot. Como explica Quint, el Tribunal apuntó que Lüth no estaba motivado por metas económicas y no estaba en competición económica con Harlan o los productores de la película⁹². El Tribunal sostuvo, según Krotoszynski, que Lüth actuó de buena fe y sobre las bases de una convicción política sincera que a Veit Harlan no debería permitirse reanudar su vida profesional, dada la apariencia que esto crearía al mundo sobre “que nada ha cambiado en la vida cultural alemana por comparación con el periodo nacional socialista; con Harlan de nuevo, como entonces, el director de cine alemán representativo”.⁹³ Desde este punto de vista, Quint sostiene que el discurso de Lüth refleja sus opiniones políticas generales respecto un asunto que era de esencial importancia para el pueblo alemán, la reputación de la vida cultural alemana y la nación alemana

después de los acontecimientos truculentos de periodo nazi.⁹⁴ Esta es la *ratio decidendi* en el caso Lüth que decanta la ponderación a favor de la libertad de expresión frente a otros principios, como los intereses económicos de los productores de la película o la libertad de elección ocupacional de Harlan.

El modelo de libertad de expresión como *libertad positiva* sostiene que el Estado debe tener un papel para promocionar las opciones que desarrollen la autonomía de los individuos y prohibir aquellas que se consideren malas o repugnantes. A partir de la II Guerra Mundial, Alemania ha establecido una serie de valores públicos en su Constitución que son un compromiso activo para evitar errores del pasado, en lo que se conoce con la expresión de “*nunca más*”. Esto supone que la dignidad humana sea considerada intangible y que la libertad de expresión se considere un derecho fundamental que se debe ponderar con otros derechos según las circunstancias del caso. Frente a la visión norteamericana de la neutralidad estatal de contenido, la

⁹² QUINT (1989: 285)

⁹³ KROTOSZYNSKI (2003-2004: 1553-1554)

⁹⁴ QUINT (1989: 285)

perspectiva alemana de la libertad de expresión define una jurisprudencia según el punto de vista donde existen visiones que se consideran oficialmente prohibidas.

En este sentido, la propuesta de Hall de aplicar elementos de la doctrina de Dworkin al Tribunal Constitucional Federal puede ser criticada. La caracterización del derecho de libertad de expresión como un derecho fuerte, un triunfo frente a la mayoría, falla en esta noción como *libertad positiva*. Dicho de otra forma, en la ponderación en el caso Lüth no se le reconoce un derecho frente al Estado, sino que prevalece la visión de que su boicot defiende los valores centrales del consenso constitucional como democracia militante y, por ende, aumenta el bienestar general estableciendo un firme compromiso contra la vinculación de Alemania con el nazismo. En palabras de Krotoszynski, el boicot de Lüth “representa una fuente de buena publicidad para el gobierno alemán y al pueblo alemán como un todo.”⁹⁵

⁹⁵ KROTOSZYNSKI (2003-2004: 1553-1554).

De esta forma, se establece, como se ha mencionado, una jurisprudencia según el punto de vista donde se sitúa específicamente el objetivo contra el discurso nazi. La comparación con el trato a otros grupos, como los turcos, muestra, según Haupt, que “existe una distinción bastante clara entre los judíos alemanes y los “extranjeros” e “inmigrantes”. El énfasis en el “destino único” de los judíos alemanes lleva a la implícita exclusión de todas las otras minorías raciales y religiosas del acceso a la reivindicación de los derechos y responsabilidades recíprocas de parte de la mayoría de los alemanes.”⁹⁶ Obviamente, no es incompatible la lucha contra el nazismo y el compromiso contra el racismo y sus manifestaciones. Lo que se pretende afirmar es que la ponderación de los principios es distinta ya que se basa en concepciones según el punto de vista⁹⁷.

⁹⁶ HAUPT (2005: 334)

⁹⁷ La jurisprudencia según el punto de vista es general en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre libertad de expresión. En los casos de *Prohibición de Partido Nacional Socialista* y el *Partido Comunista* son dos casos del Tribunal Constitucional Federal alemán de la década de los 50, en que se sostiene que el gobierno puede prohibir cualquier partido que se considere una amenaza suficiente para un orden constitucional existente. En los casos de *Negación del Holocausto*, de la separación entre hechos y opiniones, el Tribunal concluye que “la información incorrecta no es un interés que merezca

2. Algunas conclusiones sobre las concepciones de la libertad de expresión

El primer modelo de libertad de expresión como *libertad negativa* se caracteriza porque el Estado no debe intervenir en cuestiones sobre libertad de expresión y debe dejarlas en manos del *mercado de las ideas*, en la visión de la *libertad negativa* como no interferencia. La verdad o falsedad de las

protección". Comparando con el caso Lüth, Krotoszynsky concluye que el gobierno alemán apoya las visiones y actitudes expuestas por Lüth y detesta y se opone a las visiones expresadas por Irving y en NDP. En el caso de los *símbolos nazis*, se prohíbe el uso de estos símbolos cuando simpaticen con los del Tercer Reich y sus políticas antisemitas y racistas., pero se permite el uso de símbolos nazis en un contexto satírico. Se trata de protecciones, según el punto de vista, para el discurso político. KROTOSZYNSKI (2003-2004: 1590-1597) En el caso *Mephisto* los herederos de un difunto actor alemán querían prevenir la publicación de una novela basada en su vida, alegando que se acusaba al actor de colaborar con el régimen nazi y traicionando sus convicciones políticas para proseguir su carrera. En este caso, el Tribunal considera que uno de los límites de la libertad de expresión es la dignidad humana, "que es el valor supremo que domina el conjunto del sistema de valores de los derechos fundamentales". En el caso *Strauss*, un político, antiguo primer ministro de estado de Baviera, fue acusado en un semanario por un escritor de "demócrata oportunista", por su no compromiso con las ideas democráticas. El Tribunal Constitucional Federal siguió la doctrina *Lüth* que considera un status especial para la libertad de expresión, la ley general está sujeta a los valores constitucionales fundamentales. HAUPT (2005: 325-328)

ideas surgirá de la competición contras ideas, no de las decisiones judiciales. La intervención estatal se justifica bajo el *test del peligro claro y presente*. Esta visión ha desarrollado la doctrina de las *palabras belicosas* que son las que tienden a incitar desordenes públicos, que no tienen protección constitucional. El Estado debe ser neutral sobre el contenido de la expresión, lo que ha llevado a considerar inconstitucional una regulación que sólo proscibía las opiniones y acciones racistas. Esta perspectiva norteamericana de la libertad de expresión puede causar perplejidad desde otras culturas jurídicas. Como afirma Rosenfeld, la libertad de expresión no es sólo el máspreciado derecho constitucional norteamericano, sino que también es uno de sus más importantes símbolos culturales.⁹⁸

El énfasis en la no intervención estatal respecto a la libertad de expresión lleva a algunos a considerarlo como un derecho absoluto. Frente a esta visión, cabe plantear que la doctrina de la Corte Suprema ha reconocido algunos límites a la libertad de expresión. En este sentido, sería interesante

⁹⁸ ROSENFELD (2003: 11)

que se desarrollara más profundamente la interpretación de las palabras belicosas como “aquellas que su emisión inflige un daño”. Desde esta perspectiva, de forma coherente con los principios de Mill, se podrían regular estatalmente las expresiones *que agreden*, especialmente a los miembros de las minorías que han sido tradicionalmente vilipendiadas. El clásico argumento liberal es que los derechos de uno tienen el límite en los derechos de los demás. La autonomía individual tiene el límite del daño a terceros. La clave es que la Corte Suprema ha interpretado, de forma restrictiva, ese daño en conexión con la incitación a acciones violentas o peligrosas. El dilema del *mercado de las ideas* respecto al lenguaje del odio es que, en el miedo a situar alguna visión fuera del debate público, se permiten expresiones que algunos consideran que producen daño, especialmente a los miembros de las minorías. Dicho en pocas palabras, las manifestaciones del odio, cuando se sitúan meramente en el nivel del discurso, no producen un daño relevante para la intervención estatal según la Corte Suprema.

La incitación al odio no estaría prohibida, si no comporta también una incitación a la violencia. Esto diferenciaría a los Estados Unidos de otras democracias que han adoptado regulaciones restrictivas en este punto. El argumento de la neutralidad de contenido, que expresa la Corte Suprema en el caso *R.A.V. v St Paul*, puede interpretarse como una visión que busca separar la esfera de la justicia de las concepciones del bien. Una interpretación posibilista iría en la línea de argumentar que es cuestión de imaginación encontrar con la fórmula adecuada en las regulaciones del lenguaje del odio, como muestran algunos códigos de conducta en los campus de las Universidades norteamericanas. Frente a estas regulaciones, Dworkin sostiene que si realmente venimos a pensar que violamos los derechos de las otras personas siempre que informamos de sinceras visiones que los denigran en sus u otros ojos, habríamos comprometido nuestro propio sentido de lo que es vivir honestamente. Debemos encontrar otras armas, menos suicidas, contra el racismo o el sexismo. Debemos, como siempre, poner nuestra fe en la libertad, no en la represión.⁹⁹ Una vez más,

⁹⁹ DWORKIN (1996: 260).

se repite el argumento liberal que impide justificaciones basadas en nociones sustantivas del bien. Quizá se puede interpretar que se está ante una *tragedia constitucional*, en el sentido que el método favorecido de interpretación constitucional produce resultados lamentables o bien, que la Constitución permite o requiere injusticias serias y profundas, como la esclavitud.¹⁰⁰ La tragedia con la libertad de expresión surge del énfasis en la no interferencia estatal y la neutralidad de contenido, puede llegar a producir resultados que denigran a las minorías. El ejemplo de la esclavitud muestra como la Constitución no necesariamente debe interpretarse desde la estricta neutralidad, sino más bien, puede comprometerse con algunos valores como la igualdad. Desde ese punto de vista podría hacerse una relectura de la *tragedia constitucional* de la libertad de expresión como un dilema entre libertad e igualdad. La tradición norteamericana ha tendido a privilegiar el elemento liberal del dilema, pero existen valores constitucionales y posiciones doctrinales que abogan por un nuevo “momento constitucional” que suponga la

revalorización del elemento igualitario del dilema.

Por otra parte, la caracterización de la libertad de expresión como *libertad positiva* parte de afirmar que el Estado debe intervenir en cuestiones de libertad de expresión conformando una deliberación robusta sobre las decisiones públicas que asegure la participación de los individuos y los grupos en el proceso político. El Estado debe promover concepciones de la vida buena que realicen el ideal de autonomía y debe limitar las opciones consideradas malas o repugnantes. Los jueces, en las decisiones sobre los casos difíciles, apelarán a argumentaciones respecto a los bienes intrínsecos de las opciones en cuestión.

El país que seguiría una visión semejante de la libertad de expresión sería Alemania después de la II Guerra Mundial. En el caso *Lüth* se establece, por primera vez, de forma jurisprudencial la necesidad de ponderación de los principios respecto de las circunstancias relevantes del caso. Frente a la visión escéptica de Habermas que asimila la ponderación al subjetivismo y

¹⁰⁰ BALKIN (1998: 121).

arbitrariedad, Alexy defiende la racionalidad y proporcionalidad del método de la ponderación que desarrolla.¹⁰¹ En este contexto, lo que podría argumentar alguien como Sandel es que el medir la intensidad de un principio, en un ejercicio de ponderación en un caso concreto, tiene que ver con la bondad intrínseca de ese principio. Como afirma el Tribunal Constitucional Federal la Ley Fundamental no es neutral en sus valores, establece un sistema objetivo de valores. Si se permite la síntesis, está basada en la filosofía militante del “*nunca más*”. La apelación en sede judicial a la dignidad humana, a las buenas costumbres e, incluso, al orden público supone una vinculación con determinada concepción de la moralidad. El caso *Lüth* muestra la versión de la libertad de expresión como *libertad positiva* de acuerdo con esa filosofía militante. La utilización de la técnica de ponderación puede plantear problemas de incerteza como afirma Quint, si uno toma seriamente la visión de que la expresión es particularmente valiosa y también particularmente frágil.¹⁰² Bajo esta

perspectiva, otros casos sobre libertad de expresión, en el contexto alemán, pueden mostrar más luz sobre el compromiso con un debate abierto y plural, en especial, en situaciones de expresiones a contracorriente, que no se justifiquen en argumentos utilitaristas o de la mayoría, como el caso de los turcos o de los inmigrantes.

En este artículo se ha intentado mostrar dos modelos de libertad de expresión que se basan respectivamente en las visiones de la *libertad negativa* y la *libertad positiva*. Se han expuesto algunos casos difíciles donde finalmente se muestran algunos dilemas en el ámbito filosófico, jurídico y ético. Parece adecuado finalizar con estas palabras de Berlin a propósito de sus concepciones de libertad: “no constituyen dos interpretaciones diferentes de un mismo concepto, sino dos actitudes propiamente divergentes respecto a la finalidad de la vida. Hay que reconocer que es así, aunque, a veces, en la práctica sea necesario hacer un compromiso entre ellas. Pues cada una tiene pretensiones absolutas. Ambas pretensiones no pueden ser satisfechas por completo.”¹⁰³ La lección

¹⁰¹ ALEXY (2003: 135).

¹⁰² QUINT (1989: 283-288).

¹⁰³ BERLIN (1998: 237-238)

que puede aportar la libertad de expresión es que los excesos de estas concepciones de la libertad tienden a proponer soluciones paradójicas, mientras que la vía del compromiso supone acuerdos y decisiones que legisladores y jueces deben alcanzar en la senda de la democracia, como el debate entre libres e iguales¹⁰⁴.

¹⁰⁴Prueba de las soluciones de compromiso en estas cuestiones es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre el lenguaje del odio. El caso más claro que sigue la línea de la perspectiva alemana de la *libertad positiva* es el caso *Makoki* STC 176/1995. En el caso *Violeta Freedom* STC 214/1991 se condena por expresiones racistas y antisemitas – *libertad positiva*-, pero no se condena por la negación de hechos históricos –*libertad negativa*-. En el caso *librería Europa* STC 235/2007 el Tribunal declaró inconstitucional el delito de “negación” del holocausto, y constitucional el delito de provocación, apología o justificación del holocausto. Es una solución de compromiso entre la libertad negativa y la libertad positiva que combina elementos de las perspectivas norteamericana y alemana. Esta Sentencia ha recibido críticas desde los defensores de ambos enfoques. He ampliado sobre el caso español en

“El enfoque español sobre el lenguaje del odio” en PÉREZ DE LA FUENTE (2010, 133-156)

Bibliografía

Abrams, F.(1992); "Hate speech: The present implications of a historical dilemma", *Villanova Law Review*, núm. 37, p. 743-756.

Alexy, R.(2.002); *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, traducción de Ernesto Garzón Valdés.

Alexy, R. (2003); "Constitutional rights, balancing and rationality", *Ratio Juris*, vol. 16, núm 2, pp. 131-140.

Ansuátegui Roig, F. J.(1994); *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, BOE Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, pp.422-423.

Ansuátegui Roig, F. J.(1990); "Notas sobre la evolución de la teoría liberal de la libertad de expresión", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 6, pp. 9-22.

Balkin, J.M.(1998); "The meaning of constitutional tragedy", en ESKRIDGE Jr., William, LEVINSON; Sanford, *Constitutional stupidities. Constitutional tragedies*, New York University Press, pp. 121-128.

Berlin, I.(1998); "Dos conceptos de libertad" en Berlin, I., *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza, Madrid, traducción de Julio Bayón.

Berlin, I.(2001); "Mi trayectoria intelectual", en Berlin, I. *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Alianza Editorial, Madrid, traducción de Angel Rivero.

Bomhoff, J.(2008); "Lüth's 50th Anniversary: Some comparative observations on the

German foundations of judicial balancing", *German Law Journal*, vol. 9 núm. 2, pp. 121-124.

Butler, J.(2009); *Lenguaje, poder e identidad*, Síntesis, Madrid, traducción de Javier Sáez y Beatriz Preciado.

Carrasco, G.P.(1992); "Hate speech and the First Amendment: On a collision course?", *Villanova Law Review*, vol. 37, num 4, p. 723-741.

Constant, Benjamin(1989), *Escritos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, traducción de María Luisa Sánchez Mejía.

Dworkin, R.(1996); *Freedom's Law*, Harvard University Press.

Dworkin R.(1989); *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona.

Farell, M. D.(1989); "Libertad negativa y libertad positiva", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 2, p. 9-20.

Fayos Gardo, A.(1996); "Reflexiones sobre la jurisprudencia norteamericana en material de libertad de expresión: De Holmes a la sentencia del caso internet", *Revista de Administración Pública*, núm. 141, p. 395-426.

Fiss, O (1996), "El efecto silenciador de la libertad de expresión", *Isonomía*, núm. 4, pp. 17-27.

Fiss, O.(1999); *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona, traducción de Víctor Ferreres Comella y Jorge Malem Seña.

Gargarella, R.(2005); "El carácter igualitario del republicanismo", *Isegoría*, núm. 33, pp. 175-189.

Hall, J.B.(2008); "Taking "Rechs" seriously: Ronald Dworkin and the Federal Constitutional Court of Germany", *German Law Journal*, vol. 9, núm. 6, p. 1-23.

Haupt, C. E.(2005); "Regulating hate speech- Damned if you do and damned if you don't: Lessons learned from comparing the German and U.S. approaches", *Boston University International Law Journal*, núm. 23, pp. 299-335.

Hylton,K. N.(1996); "Implications of Mill's Theory of liberty for the regulation of hate speech and hate crimes", *University of Chicago Law School Roundtable*, núm. 3, pp. 35- 57.

Jeffrey, A.J.(1986); "Free speech and press: an absolute right?", *Human Rights quarterly*, núm 8, vol. 2, pp. 197-226.

Ingrer, S.(1984); "Marketplace of ideas: A legitimizing myth", *Duke Law Journal*, vol. 1984, núm 1, p. 1-91.

Krotoszynski Jr, R.(2003-2004); "A comparative perspective on the First Amendment: Free speech, militant democracy, and the primacy of dignity as preferred constitutional value in Germany", *Tulane Law Review*, núm. 78, pp. 1549-1609.

Lamarca Marques, A. (dir) (2008); *Código civil alemán*, Marcial Pons, Madrid.

Lawrence, F.(1992-1993); "Resolving the hate crimes/hate speech paradox: Punishing bias crimes and protecting racist speech", *Notre Dame Law Review*, núm 68, pp. 673-721.

Limbach, J.(1999);"The role of Federal Constitutional Court" en *Fifty years of German Basic Law*, American Institute for

Contemporary German Studies, The John Hopkins University, pp. 19-33.

Pareck, Bhikhu,(2006) "Hate speech. Is there a case for banning?",*Public policy research*, vol.12, núm. 4, pp. 213-223.

Peces-Barba Martínez, G.(2002); *La dignidad humana des de la Filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid.

Pérez de la Fuente, O. (2010); "El enfoque español sobre el lenguaje del odio" en Pérez de la Fuente, O.; Oliva Martínez, J.D., *Un discusión sobre identidad, minorías y solidaridad*, Dykinson, Madrid, pp. 133-156.

Pettit, Ph. (1999) *Republicanism*, Paidós, Barcelona, 1999, traducción de Toni Domenech.

Quint, P. E. (1989); "Free speech and private law in German constitutional theory", *Maryland Law Review*, vol. 48, núm. 2, pp. 247-349.

Raz, J.(1988); *Morality of freedom*, Claredon Press, Oxford.

Raz, J.(1994);"Free expression and personal identification", en Waluchow, W. J.(ed.); *Free expression*, Claredon Press, Oxford, pp. 1-30.

Raz, J.(2001); *La ética en el ámbito público*, Gedisa, Barcelona, traducción de María Luz Melón.

Rosenfeld, M.(2003); "Hate speech in Constitutional jurisprudence: A comparative analysis", *Cardozo Law School*, Working Paper series núm. 41.

Salvador Coderch, P.(1990); *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Salvador Coderch P.(1993); *El derecho de la libertad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Sandel, M.(2008); *Filosofía pública*, Marbot, Barcelona, traducción de Albino Santos Mosquera